

# VU Research Portal

## Op het bord van de rechter

Borgers, M.J.

### ***published in***

Delikt en Delinkwent  
2015

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J. (2015). Op het bord van de rechter. *Delikt en Delinkwent*, 2015(64), 673-687.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Op het bord van de rechter<sup>2</sup>

DD 2015/64

### 1 Inleiding

De rechter past de wet toe. Dat is de kern van de rechterlijke activiteit. Soms laat de wet veel ruimte aan de rechter om gezichtspunten of maatstaven te formuleren die relevant zijn voor het nemen van een beslissing. In andere gevallen biedt de wet een dichtgetimmerd kader waarmee de rechter wordt geleid naar een bepaalde beslissing. Welke benadering door de wetgever wordt gekozen, zal afhankelijk zijn van de aard van de juridische plicht of bevoegdheid die aan de orde is, en de mogelijkheid om op voorhand te voorzien welke beslissing onder welke omstandigheden is aangewezen. Die keuze wordt door de wetgever gemaakt. Het is de wetgever die bepaalt hoeveel beslissingsmarge hij aan de rechter kan of wil laten. Het is daarbij – uiteraard – zaak dat de wetgever die keuze telkens goed doordent. Het is belangrijk dat wanneer de wetgever aan de rechter een ruime beslissingsmarge laat, dat ook geschiedt vanuit de gedachte dat de rechter het beste is geoutilleerd om op een bepaald punt te beslissen. Het past daar niet bij dat de wetgever enerzijds aan de rechter een ruime beslissingsmarge laat, maar anderzijds op voorhand een duidelijke verwachting uitspreekt hoe van die marge gebruik zal (moeten) worden gemaakt. Als dat het geval is, zou de wetgever zelf de verantwoordelijkheid moeten nemen om duidelijk geformuleerde criteria in de wet op te nemen. Een goede en goed doordachte vormgeving van het beslissingskader is voor de rechter van groot belang, want juist daardoor wordt duidelijk hoe groot (of beperkt) de rechterlijke vrijheid op een bepaald terrein is. Aldus wordt voorkomen dat er ruis ontstaat op de lijn tussen de wetgever en de rechter, bijvoorbeeld doordat er op enig moment aan de zijde van de wetgever verbazing, teleurstelling of zelfs onbegrip ontstaat over de wijze waarop de rechter invulling geeft aan wettelijke bepalingen. Anders gezegd: met een goede vormgeving van het beslissingskader wordt bevorderd dat de activiteiten van enerzijds de wetgever en anderzijds de rechter adequaat op elkaar zijn afgestemd, maar ook dat die activiteiten – en daarmee de verantwoordelijkheden van beide actoren – goed van elkaar zijn te onderscheiden.

Het vorenstaande klinkt waarschijnlijk zowel evident als abstract en theoretisch. Het is echter niet moeilijk om inzichtelijk te maken hoe de hier geschetste interactie tussen de wetgever en de rechter in de praktijk verloopt en welke aandachts- en discussiepunten daarbij naar voren treden. Aan de hand van enkele wetsvoorstellen – en ook een concept-wetsvoorstel – wil ik dat illustreren. Ik concentreer mij daarbij op het verwachtingspatroon dat in de toelichting op die voorstellen naar voren treedt ten aanzien van de wijze waarop de rechter toepassing zal (of zal moeten) geven aan een voorgestelde wettelijke regeling. Om méér dan het geven van enkele illustraties gaat het niet. Ik heb niet de pretentie een alomvattende beschrijving en analyse te geven van de wijze waarop de wetgever het toepassingskader van de wet kan of moet formuleren en de manier waarop de rechter met dergelijke kaders omgaat of dient om te gaan. Het gaat veeleer om het opwerpen van enkele discussiepunten die zien op de verhouding tussen de wetgever en de rechter in het strafrecht, waarbij ik vooral de (impliciete) zienswijze van de minister op die verhouding

---

1 Hoogleraar straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2 Citeerwijze: M.J. Borgers, 'Op het bord van de rechter', DD 2015/64.

centraal stel. Wat legt de minister op het bord van de rechter en kan de rechter daarmee uit de voeten?

## 2 Anticipatie op de straftoemeting?

Recent heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel aanvaard waarmee wordt voorzien in de verplichting voor veroordeelden om een bijdrage in de kosten van de strafvordering en de slachtofferzorg te betalen.<sup>3</sup> Dit wetsvoorstel hangt nauw samen met een ander wetsvoorstel dat voorziet in een verplichte bijdrage van de veroordeelde in de kosten van detentie. Franken heeft deze voorstellen reeds besproken in dit tijdschrift.<sup>4</sup> De bijdrage in de kosten van de strafvordering en de slachtofferzorg – de zogeheten eigen bijdrage – kan oplopen tot een bedrag van € 2760 voor een strafzaak die door de meervoudige kamer is behandeld. Na afloop van het strafproces wordt het bedrag van de eigen bijdrage namens de minister van Veiligheid en Justitie geïnd door een daartoe aangewezen organisatie (het CAK). Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid om – op verzoek van de veroordeelde – onder omstandigheden na verloop van vijf jaar (het resterende bedrag van) de eigen bijdrage te matigen of kwijt te schelden. Een vergelijkbare mogelijkheid bestaat met het oog op een schuldsanering bij de veroordeelde. De strafrechter heeft zelf geen bemoeienis met het vorderen, het innen en het eventueel matigen of kwijtschelden van de eigen bijdrage. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is meermalen de vraag naar voren gekomen – mede naar aanleiding van het advies van de Raad voor de rechtspraak over het wetsvoorstel – of de strafrechter rekening zal houden bij de strafoplegging met het in rekening brengen van deze kosten. Aan de hand van enkele citaten kan de stellingname van de minister duidelijk worden gemaakt:

“[Ik merk op] dat het geenszins de bedoeling is dat de strafrechter bij de straftoemeting rekening zal houden met de op te leggen bijdrage. De bijdrage is een louter administratieve heffing en houdt geen relatie met het strafbare feit, de pleger of de omstandigheden van het geval; de bijdrage is noch onderdeel van de straf noch een straftoemetingsfactor.”<sup>5</sup>

“De Nederlandse strafrechter (...) houdt bij zijn strafoplegging rekening met alle relevante omstandigheden van het geval. Ook de persoonlijke (financiële) omstandigheden van de verdachte en diens draagkracht, kunnen een factor zijn die meeweegt bij de bepaling van de strafmodaliteit en de strafmaat. Wij hechten er niettemin aan te benadrukken dat de bijdrage aan de kosten van de strafvordering en slachtofferzorg een administratieve heffing is, die te beschouwen is als een soort griffierecht. Wij gaan ervan uit dat de rechterlijke macht ook als zodanig met deze bijdrage zal omgaan.”<sup>6</sup>

“De bijdragen zijn géén straf noch een straftoemetingsfactor. De bijdragen zouden dus ook niet als zodanig betrokken moeten worden bij de strafoplegging. Ik ga ervan uit dat rechters de wet uitvoeren en zie geen aanleiding te veronderstellen dat rechters deze bijdrage anders zouden beoordelen dan een willekeurige andere bestuurlijke heffing.”<sup>7</sup>

De minister erkent in het tweede citaat met zoveel woorden dat de rechter over een zeer ruime straftoemetingsvrijheid beschikt, waarbinnen de rechter rekening kan houden met tal van omstandigheden, waaronder omstandigheden van financiële aard. Het valt vanuit

3 Wetsvoorstel 34 067.

4 A.A. Franken, ‘De kosten van de strafvordering en de kosten van detentie’, *DD* 2015/42.

5 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 067, nr. 3, p. 18.

6 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 067, nr. 7, p. 11.

7 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 067, nr. 9, p. 11.

deze straftoematingsvrijheid moeilijk in te zien waarom de rechter geen acht zou *mogen* slaan op de verplichte bijdrage in de kosten van het strafproces. Ook als men meegaat in de redenering dat de eigen bijdrage – nu deze is vormgegeven als een administratieve heffing – een strafkarakter ontbeert, dan nog kan men er niet omheen dat het heffen van die bijdrage het gevolg is van het uitspreken van een veroordeling en dat de veroordeling daarmee financiële consequenties heeft. Als de rechter bevoegd is om acht te slaan op alle omstandigheden van het geval – van welke aard dan ook – en dus ook op de gevolgen van een strafrechtelijke veroordeling,<sup>8</sup> waarom zou hij dan de ogen moeten sluiten voor dit specifieke gevolg in de vorm van het heffen van de eigen bijdrage? Een goede, bij de – breed aanvaarde – praktijk van de straftoemeting aansluitende reden zou ik daarvoor niet kunnen noemen. In dat licht zijn de uitlatingen van de minister opmerkelijk te noemen. In het eerste en het derde citaat geeft de minister zonder voorbehoud aan dat het heffen van de eigen bijdrage geen betekenis heeft voor de straftoemeting. In het tweede citaat is de minister op dit punt minder stellig, maar zinspeelt hij er tegelijkertijd duidelijk op dat de rechter aan de eigen bijdrage, als administratieve heffing, geen bijzondere betekenis zal toekennen bij de straftoemeting. Het resultaat is dat de minister een zekere verwachting creëert ten aanzien van de beslissing van de rechter, waarbij die verwachting zich niet goed verhoudt met het bestaande stelsel ter zake van de sanctiebeslissing, terwijl in dat stelsel met het wetsvoorstel ook geen verandering wordt aangebracht.

Nu moet worden aangetekend dat de minister zich op enigszins andere wijze heeft uitgesproken over de betekenis van de eigen bijdrage voor de straftoemeting dan hiervoor is geschetst. Naar aanleiding van een vraag van een Kamerlid over een opmerking van de zijde van de Raad voor de rechtspraak dat rechters mogelijk lager gaan straffen als gevolg van de eigen bijdrage, merkt de minister in het debat met de Tweede Kamer het volgende op:

“Dat is aan de rechter, want dat stelsel hebben we met elkaar afgesproken. Ik begrijp dat men dat zegt, want het is een gedachte die nu leeft. In de praktijk zal echter duidelijk worden, ook in de berekening die wij hanteren, dat maar een heel beperkt aantal mensen daadwerkelijk kan en ook zal bijdragen. Dan is het onredelijk om voor een overgrote meerderheid rekening te houden met een situatie die zich niet zal voordoen en die een lagere straf te geven. Naar mijn mening zullen de rechters in de praktijk, zo zij daartoe al geneigd zijn, daar vrij snel van terugkomen. Ik ga daar echter niet over. Het is de vrijheid van de rechter in overleg met het Openbaar Ministerie.”<sup>9</sup>

In deze passage lijkt meer recht te worden gedaan aan de straftoematingsvrijheid van de rechter en wordt in minder stellige bewoordingen een verwachting gewekt omtrent de invulling daarvan. Hier wordt een ander argument centraal gesteld: het zal voor de rechter praktisch lastig in te schatten zijn of, en zo ja, voor welk bedrag, een eigen bijdrage zal (kunnen en moeten) worden betaald. De minister doelt hier op de bevoegdheden om, onder omstandigheden, de eigen bijdrage na verloop van tijd te matigen of kwijt te schelden.<sup>10</sup> Kennelijk verwacht de minister dat op grote schaal van die bevoegdheden gebruik zal worden gemaakt, nu hij naar voren brengt dat maar heel weinig veroordeelden de eigen

8 Het gaat hier dan meer specifiek om negatieve gevolgen, zoals het verlies van een baan of negatieve publiciteit. Zie P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, Deventer: Kluwer 2010, p. 207.

9 *Handelingen II* 17 juni 2015, p. 97-7-10. Aldaar merkt de minister ook op: ‘Laten we vooropstellen dat het betalen van enige honderden euro’s geen effect zal hebben op mensen die een lange gevangenisstraf krijgen. Ik zie dat risico dus niet, maar ik kan het niet uitsluiten. (...) In het stelsel dat wij hebben, waarin het aan de rechter wordt overgelaten om de strafmaat te bepalen, zou het invloed kunnen hebben. Ik zie het echter niet als een groot risico.’

10 De minister wijst daar ook op andere plaatsen in de toelichting op. Zie onder andere *Kamerstukken II* 2014/15, 34 067, nr. 7, p. 11.

bijdrage (volledig) zullen kunnen en moeten voldoen. Zou de rechter standaard rekening houden met de eigen bijdrage bij de straftoemeting, dan loopt men inderdaad de kans dat de rechter acht slaat op een omstandigheid die zich achteraf bezien niet heeft voorgedaan. Maar die op zichzelf terechte kanttekening legt ook vragen bloot. Want als bij een overgrote meerderheid van de veroordeelden een eigen bijdrage niet of slechts ten dele zal worden geheven en geïncasseerd, is het dan nog gerechtvaardigd – in termen van gelijke behandeling – dat een resterende minderheid wel ten volle wordt belast met een eigen bijdrage? Dat is niet alleen een vraag die in algemene zin kan worden opgeworpen in relatie tot de legitimiteit van de voorgestelde regeling, maar tevens een vraag die aan bod kan komen ingeval de rechter beslist over de straftoemeting bij een verdachte ten aanzien van wie valt te verwachten dat hij de eigen bijdrage (geheel) zal kunnen voldoen. En hoe te denken, wanneer die verwachting juist niet bestaat, over de mentale belasting van een mogelijk moeizaam inningstraject, waarbij eerst na jaren duidelijkheid komt of tot matiging dan wel kwijtschelding wordt overgegaan? Is het vooruitzicht daarvan geen relevante factor bij de straftoemeting? Het is dan ook de vraag of, zoals de minister suggereert, rechters zullen terugkomen van het rekening houden met de eigen bijdrage bij de straftoemeting. Dat zal in elk geval mede samenhangen met de mate waarin veroordeelden financieel worden belast alsmede de wijze waarop en de transparantie waarmee het innings-, matigings- en kwijtscheldingsbeleid wordt vormgegeven.

Indien het hier besproken wetsvoorstel tot wet zal worden verheven,<sup>11</sup> komt er dus een complex straftoemetingsvraagstuk op het bord van de rechter te liggen. Enerzijds blijft de straftoemetingsvrijheid onaangetast, maar anderzijds wordt de rechter geconfronteerd met een teneur in de wetsgeschiedenis die hem aanspoort de ogen te sluiten voor de toepassing van de eigen bijdrage in de kosten van de strafvordering. Houdt hij de ogen open – hetgeen passend is, gelet op de straftoemetingsvrijheid – dan loopt hij de kans dat, juist vanwege die teneur, het beeld ontstaat dat de rechter ingaat tegen de bedoeling van de minister.<sup>12</sup> Daar doorheen speelt – langs een andere band – de ontmoediging om acht te slaan op de eigen bijdrage bij de straftoemetingsbeslissing omdat het maar bij weinig veroordeelden daadwerkelijk zal komen tot (volledige) inning van de eigen bijdrage, terwijl juist vragen omtrent gelijke behandeling en de belasting van het inningstraject aan de orde kunnen (en zullen) worden gesteld in de strafzaak. Het vraagstuk dat op de bord van de rechter wordt gelegd, wordt nog complexer doordat de minister zich tamelijk stellig uitlaat over de wijze waarop – in zijn ogen – de rechter zal aankijken tegen de betekenis van de eigen bijdrage voor de straftoemeting. Echter, nu de straftoemetingsvrijheid in stand wordt gelaten (en er mijns inziens ook geen reden bestaat om aan die vrijheid te tornen), moet de rechter ook daadwerkelijk de vrijheid worden gegund om zelfstandig uit te werken op welke wijze het heffen van de eigen bijdrage als relevante factor in de straftoemetingsbeslissing wordt betrokken.

Het voorbeeld van de eigen bijdrage in de kosten van het strafproces staat niet op zichzelf. Het komt vaker voor dat door middel van wetsvoorstellen indirecte communicatie met de rechter over de straftoemeting plaatsvindt.<sup>13</sup> Maar men moet dit voorbeeld ook weer niet zonder meer generaliseren. Ik wil daarom nog een voorbeeld noemen teneinde contrast aan te brengen. Dit voorbeeld betreft het wetsvoorstel dat voorziet in de mogelijkheid om

11 Het draagvlak in de Eerste Kamer lijkt vooralsnog niet breed te zijn. Vgl. *Kamerstukken I* 2015/16, 34 067, B.

12 Uiteraard is het niet uitgesloten dat het debat in de Eerste Kamer nog tot een gewijzigd beeld leidt.

13 Eerder heb ik dat aangeduid als 'wel prikken, maar niet steken'. Zie M.J. Borgers, 'Het wettelijke sanctiestelsel en de straftoemetingsvrijheid van de rechter', *DD* 2005/11, p. 177.

middelenonderzoek bij geweldplegers te bevelen.<sup>14</sup> Kort samengevat: opsporingsambtenaren krijgen in de voorgestelde regeling de bevoegdheid om een verdachte na aanhouding ter zake van een (als zodanig aangewezen) geweldsmisdrijf het bevel te geven om medewerking te verlenen aan een (voorlopig) onderzoek dat is gericht op het vaststellen van het gebruik van alcohol of drugs. Het niet verlenen van die medewerking zal daarbij strafbaar zijn op grond van artikel 184 Sr. Het wetsvoorstel is een uitvloeisel van een reeds langer lopend politiek debat, waarin naar voren komt dat het gebruik van alcohol of drugs zou moeten worden opgevat als reden voor strafverhoging, wanneer geweld onder invloed van die middelen heeft plaatsgevonden.<sup>15</sup> Opmerkelijk is dat het wetsvoorstel *niet* voorziet in het introduceren van een wettelijke strafverhogingsgrond, maar juist in het strafvorderlijk faciliteren van de feitelijke vaststelling dat er sprake is van middelengebruik bij de (vermoedelijke) geweldpleger.<sup>16</sup> Al staat het één niet los van het ander. Met een motie heeft de Tweede Kamer als beoogd resultaat geformuleerd dat ‘het gebruik van alcohol en drugs bij geweldsdelicten leidt tot een zelfstandig strafverhogend element in de strafeis door de officier van justitie’.<sup>17</sup> De vaststelling van het gebruik van middelen staat aldus in de sleutel van strafverhoging, maar daartoe wordt de aandacht gericht op het strafvorderingsbeleid van het Openbaar Ministerie en niet – althans niet rechtstreeks – op de straftoemingsbeslissing van de rechter.

Ook in de toelichting op het wetsvoorstel wordt deze lijn aangehouden. Naar voren komt dat het Openbaar Ministerie, in het kader van de advisering over het wetsvoorstel, heeft aangegeven het gebruik van middelen als een voor de straftoemeting relevante omstandigheid te beschouwen. Maar het Openbaar Ministerie wil er ook voor waken om dat middelengebruik automatisch te laten leiden tot een verhoging van de strafeis. De reden daarvoor is dat middelengebruik niet bij een ieder dezelfde uitwerking heeft. De minister heeft aan dit bezwaar in zoverre gehoor gegeven dat hij een groep experts ondergrenzen heeft laten formuleren. Die ondergrenzen geven aan bij welk gebruik van alcohol en bepaalde drugs sprake is van een agressieverhogend effect. Alleen het middelengebruik boven die ondergrenzen dient dan te worden gebruikt als strafbepalende factor in de strafvorderingsrichtlijnen.<sup>18</sup> In de toelichting ligt de nadruk voorts niet alleen op het hanteren van het middelengebruik als strafverhogende factor voor de strafeis, maar wordt ook herhaaldelijk gewezen op het belang van inzicht in het middelengebruik voor de toepassing van voorwaardelijke straffen. De beoogde strafvorderlijke bevoegdheid kan zo bijdragen aan het beter op maat van de verdachte snijden van de (bijzondere) voorwaarden ter voorkoming van recidive.<sup>19</sup> In de richting van de rechter worden eigenlijk geen dwingende woorden gesproken. Er wordt niet méér gezegd dan dat de rechter het middelengebruik kan laten meewegen in de aard en de hoogte van de straf.<sup>20</sup> Zo merkt de minister naar aanleiding van de vraag of middelengebruik, ook boven de drempelwaarde, een automatische strafverhogende factor is, het volgende op:

14 Wetsvoorstel 33 799. In de oorspronkelijke benaming ziet dit wetsvoorstel op ‘het terugdringen van geweld onder invloed van middelen’, maar het opschrift is gewijzigd en toegesneden op het middelenonderzoek bij geweldplegers. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33 799, nr. 7.

15 Zie onder andere *Kamerstukken II* 2008/09, 28 684, nr. 237, p. 6 en *Kamerstukken II* 2010/11, 28 684, nr. 311, p. 2.

16 Een wettelijke strafverzwarringsgrond wijst de minister expliciet af, ook omdat er geen indicaties zijn dat binnen de geldende wettelijke strafmaxima onvoldoende ruimte zou bestaan om bij de straftoemeting rekening te houden met middelengebruik. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33 799, nr. 6, p. 11.

17 *Kamerstukken II* 2010/11, 28 684, nr. 300.

18 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 799, nr. 3, p. 5.

19 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 799, nr. 6, p. 2-3.

20 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 799, nr. 6, p. 3, 4, 11, 18.



“Van automatisme zal geen sprake zijn omdat de officier van justitie in zijn strafeis en de rechter in de door hem op te leggen straf ook altijd rekening houden met de omstandigheden waaronder het strafbare feit is gepleegd en de persoon van de verdachte. Afhankelijk daarvan zal het middelengebruik wel of niet tot strafverzwaring leiden en gekozen worden voor de sanctie, die gelet op het samenstel van deze factoren voor de verdachte het meest geëigend is.”<sup>21</sup>

Zo kan het dus ook. Op basis van het wetsvoorstel en de daaraan voorafgaande discussie is natuurlijk volstrekt helder dat ‘de politiek’ wil dat het gebruik van alcohol en drugs een rol speelt bij de bestraffing van gewelddelicten. Zo dat dan niet in strafverhogende zin geschiedt, dan in elk geval toch op een wijze die bijdraagt aan het voorkomen van recidive. Maar de wijze waarop die boodschap wordt ingekleed, legt geen hypotheek op de straftoematingsvrijheid van de rechter. Binnen het spectrum van mogelijkheden voor de politiek om enige invloed uit te oefenen op de straftoematingsbeslissing – anders dan door middel van aanpassing van de in de wet opgenomen bepalingen van sanctierecht – past het richten van de aandacht op het strafvorderingsbeleid van het Openbaar Ministerie het beste bij de scheiding van de machten.<sup>22</sup> Er wordt dan geen lastig punt op het bord van de rechter gelegd, terwijl men er tegelijkertijd op mag vertrouwen dat de rechter zal signaleren en, met behoud van zijn eigen verantwoordelijkheid voor de uitkomst van het strafgeding, zal internaliseren dat er – getuige de politieke discussie – een breed gedragen zienswijze bestaat op de ernst van bepaalde misdragingen.

### 3 Rechterlijke discretie en rechterlijke creativiteit

Ook buiten de sfeer van de straftoemeting zijn er voorbeelden te vinden van wettelijke regelingen die worden voorgesteld, waarin het beoordelingskader voor de rechter niet duidelijk wordt afgebakend, terwijl daarbij soms wel zekere verwachtingen worden gecommuniceerd omtrent de wijze waarop bepaalde beslissingen zullen worden ingekleed. Ik licht dat toe aan de hand van twee wetsvoorstellen en één conceptwetsvoorstel.

#### 3.1 Aanvulling van het spreekrecht

In het wetsvoorstel ter zake van het spreekrecht heeft de minister een drastische verandering aangebracht ten opzichte van het daarvoor gepubliceerde conceptwetsvoorstel. In dat conceptwetsvoorstel, eerder besproken door Groenhuijsen in dit tijdschrift,<sup>23</sup> werd het spreekrecht aangevuld met een zelfstandig adviesrecht. Dat adviesrecht werd daarbij ook voorzien van aanvullende bepalingen, in de sfeer van nader onderzoek op verzoek van het slachtoffer en een responsieplicht met betrekking tot uitdrukkelijk onderbouwde standpunten van het slachtoffer. Dat was, hoe men dergelijke voorzieningen ook waardeert, een tamelijk revolutionair voorstel. In het uiteindelijke wetsvoorstel wordt het afzonderlijke adviesrecht weer losgelaten.<sup>24</sup> In de kern wordt nu een uiterst eenvoudige wijziging naar voren gebracht. De wet bepaalt thans, in artikel 51e lid 2 Sv, dat het slachtoffer een verklaring mag afleggen over de gevolgen die het strafbare feit bij hem of haar teweeg heeft gebracht.<sup>25</sup> Indien het wetsvoorstel wordt aanvaard, zal artikel 51e lid 2 Sv gaan luiden:

21 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 799, nr. 6, p. 6-7.

22 Ik volsta hier korthedshalve met een verwijzing naar Borgers 2005, p. 174-177.

23 M.S. Groenhuijsen, ‘Aanvulling van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces: naar een adviesrecht omtrent “de vragen van artikel 350”’, *DD* 2014/15.

24 Wetsvoorstel 34 082.

25 De kring van spreekgerechtigde personen is overigens ruimer dan hier wordt aangegeven, maar ter wille van de leesbaarheid houd ik het hier bij het slachtoffer.

‘Het slachtoffer kan op de terechtzitting een verklaring afleggen.’ De beperking dat die verklaring alleen over de gevolgen van het strafbare feit gaat, komt daarmee te vervallen. In de toelichting op het wetsvoorstel wordt betoogd dat aldus het adviesrecht van de baan is. Maar dat is in de kern natuurlijk niet waar. Want als het spreekrecht niet aan een beperking is gebonden voor wat betreft het thema waarover wordt gesproken, wat weerhoudt het slachtoffer dan om zich uit te laten over de door hem of haar gewenste beslissingen in de strafzaak? Het klopt dat het adviesrecht als *afzonderlijk* recht met de daaraan gekoppelde procedurele voorzieningen ter zake van nader onderzoek en de responsieplicht niet meer aan de orde is, maar de mogelijkheid van het geven van advies is onverminderd in beeld. In de toelichting wordt ook erkend dat het slachtoffer straks de mogelijkheid zal hebben om zich uit te laten over – onder andere – de bewijsvraag en de straftoemeting.<sup>26</sup>

De bewindspersonen<sup>27</sup> laten zich nauwelijks uit over de wijze waarop de rechter ter terechtzitting zou moeten omgaan met het uitgebreide spreekrecht. Is de gedachte dat de uitoefening van het spreekrecht, ook in de aangevulde vorm, nog altijd een relatief bescheiden onderdeel van de zitting zal betreffen? Of maakt het slachtoffer desgewenst aanspraak op een zeer ruime spreektijd waarin het dossier minutieus wordt besproken? En ook andere, meer principiële vragen blijven goeddeels onbesproken. Groenhuijsen heeft naar aanleiding van het conceptwetsvoorstel erop gewezen dat het voor de positie van het slachtoffer wezenlijk verschil maakt waarover hij zich uitlaat: ‘Een slachtoffer dat de consequenties van een misdrijf aangeeft, beschrijft. Een slachtoffer dat zich uitlaat omtrent de door hem gewenste straf, valt aan.’<sup>28</sup> Bovendien: wanneer het slachtoffer ingaat op de door de rechter te nemen beslissingen, loopt hij de kans dat hij daarna tijdens het requisitoir en het pleidooi zal worden tegengesproken en geconfronteerd met andersluidende opvattingen.<sup>29</sup> Nu kan men er verschillend over denken of men deze veranderingen positief of negatief moet waarderen. Maar gezegd wil zijn dat de voorgestelde wijziging van het spreekrecht méér om het lijf heeft dan het schrappen van enkele woorden in artikel 51e Sv suggereert.

De vraag die dan vervolgens rijst, is of hier een taak voor de rechter ligt. Moet hij na de wetswijziging (nog meer) alert zijn op het risico van secundaire victimisatie en het slachtoffer daartegen behoeden door paal en perk te stellen aan de uitoefening van het spreekrecht? Of moet hij er juist op vertrouwen dat het slachtoffer weloverwogen heeft bepaald wat hij aan de orde wil stellen en vanuit dat vertrouwen ook alle ruimte gunnen aan het slachtoffer? In de toelichting op het wetsvoorstel komt de (mogelijke) kwetsbaarheid van het slachtoffer diverse malen aan de orde, maar tot duidelijke richtsnoeren leidt dat niet. De enige ‘harde’ begrenzing is gelegen in de uitoefening van de ordebevoegdheid van de voorzitter, maar deze bevoegdheid wordt alleen genoemd met het oog op het geval dat het slachtoffer zou vervallen in ‘pure scheldtirades of stromen van verwensingen aan het adres van de verdachte’.<sup>30</sup> Ook wordt benadrukt dat het van groot belang is dat vanuit het Openbaar Ministerie en Slachtofferhulp goede voorlichting plaatsvindt aan het slachtoffer omtrent de eventuele gevolgen van de uitoefening van het spreekrecht.<sup>31</sup> Daarbuiten biedt de toelichting weinig houvast.<sup>32</sup> Nu valt er ook wel wat voor te zeggen dat de rechter speelruimte heeft in de omgang met het slachtoffer. Het ene slachtoffer is immers het

26 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2014/15, 34 082, nr. 3, p. 1 en *Kamerstukken II* 2014/15, 34 082, nr. 6, p. 5.

27 Ik spreek hier gemakshalve van bewindspersonen, omdat de behandeling van het wetsvoorstel op enig moment door de minister is overgenomen van de staatssecretaris.

28 Groenhuijsen 2014, p. 175.

29 Groenhuijsen 2014, p. 177.

30 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 082, nr. 6, p. 15. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34 082, nr. 6, p. 6.

31 Zie onder andere *Kamerstukken II* 2014/15, 34 082, nr. 6, p. 5, 17.

32 Dat wordt overigens ook gepresenteerd als een bewuste keuze. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 082, nr. 3, p. 12.



andere niet. Het ene slachtoffer zal rechterlijke zorg op prijs stellen, het andere zal daarin ongewenst paternalisme zien. Toch lijkt mij een min of meer algemene notie of algemeen richtsnoer van de zijde van de wetgever wenselijk.<sup>33</sup> Al is het maar om te voorkomen dat er (al te grote) verschillen gaan ontstaan in de ruimte die daadwerkelijk op de zitting wordt geboden voor de uitoefening van het spreekrecht.<sup>34</sup> En ook om te voorkomen dat de rechter achteraf het verwijt krijgt te veel of juist te weinig ruimte te bieden.

Het (overwegend semantische) verschil tussen het adviesrecht en het aangevulde spreekrecht speelt ook nog op een andere wijze een rol. In het definitieve wetsvoorstel heeft de minister afgezien van een motiveringsverplichting van de rechter in relatie tot hetgeen het slachtoffer naar voren brengt. Deze keuze wordt met twee argumenten verdedigd. Allereerst wordt gesteld dat een motiveringsverplichting hoort bij het adviesrecht, maar juist niet bij het spreekrecht.<sup>35</sup> Dat argument lijkt weinig dwingend, zeker wanneer men erkent dat het aangevulde spreekrecht eigenlijk het adviesrecht in zich draagt. Het tweede argument lijkt van doen te hebben met de rijksbegroting. De Raad voor de rechtspraak heeft naar aanleiding van het conceptwetsvoorstel een berekening gemaakt van de extra menskracht – en daarmee het benodigde budget – in relatie tot de responsieplicht van de rechter op uitdrukkelijk onderbouwde standpunten van het slachtoffer. Die extra werklast willen de bewindslieden vermijden door niet te voorzien in een motiveringsverplichting.<sup>36</sup> In de Tweede Kamer heeft dit tot uitvoerig debat geleid. Het voorstel om alsnog in een motiveringsverplichting te voorzien heeft het niet gehaald. Er is wel een motie aanvaard van de strekking dat de minister in gesprek gaat met de Raad voor de rechtspraak ‘over het belang dat rechters in hun motivering rekening kunnen houden met de verklaring van spreekgerechtigden’.<sup>37</sup> Nog los van de vraag hoe men zo’n gesprek moet plaatsen binnen de institutionele verhoudingen,<sup>38</sup> wordt de rechter hier geconfronteerd met een nogal lastig te duiden boodschap: de Tweede Kamer onderschrijft het belang van een motiveringsverplichting in relatie tot standpunten van het slachtoffer, maar wil geen motiveringsverplichting in de wet verankeren en ook niet de budgettaire consequenties dragen. Zo hakt de politiek geen knoop door, maar ligt de vraag op het bord van de rechter in hoeverre die motivering toch wordt gegeven. De rechter heeft daarbij ook geen houvast aan zelfs maar enige algemene notie of algemeen richtsnoer ter zake van de omgang met het slachtoffer tijdens het strafproces. Ik wijs er daarbij nog op dat in het politieke debat evenmin aandacht is besteed aan de vraag of juist het expliciet toekennen van gewicht aan bepaalde uitlatingen van het slachtoffer, ertoe kan leiden dat in het vervolg van de strafprocedure het slachtoffer kritisch(er) zal worden bejegend door de overige procesdeelnemers en (bijvoorbeeld) als getuige aan een ondervraging zal worden onderworpen.<sup>39</sup> Ook die kwestie raakt weer aan de meer algemene vraag welke positie de wetgever nu eigenlijk echt wil toekennen aan het slachtoffer binnen het strafproces.

33 In *Kamerstukken II* 2014/15, 34 082, nr. 3, p. 16 wordt gezinspeeld op een verplichting van de rechter om de spreekgerechtigde voor te lichten omtrent de mogelijke gevolgen van de uitoefening van het spreekrecht, maar die verplichting is niet terug te vinden in de voorgestelde wettelijke regeling.

34 Een ongelijke toepassing wordt ook onwenselijk bevonden. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 082, nr. 3, p. 14.

35 *Handelingen II* 27 mei 2015, p. 88-7-19.

36 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 082, nr. 3, p. 11 en *Kamerstukken II* 2014/15, 34 082, nr. 6, p. 13.

37 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 082, nr. 16.

38 Naast bezwaren die kunnen worden ontleend aan de *trias politica*, moet erop worden gewezen dat de Raad voor de rechtspraak niet mag treden in de procesrechtelijke behandeling, de inhoudelijke beoordeling van en de beslissing in concrete zaken. Zie artikel 96 Wet RO.

39 Ook al klinkt dat paradoxaal, soms is het gunstig voor het slachtoffer wanneer de rechter juist niet uitvoerig aandacht besteedt aan de uitlatingen van het slachtoffer. Zie daarover de noot onder HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8471, *NJ* 2013/86.

### 3.2 *Witwassen en het voorkomen van verdubbeling van strafbaarheid*

De minister heeft recent een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer ‘met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot bestrijding van het verwerven en voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige voorwerpen’.<sup>40</sup> Dit wetsvoorstel vindt aanleiding in de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent de strafbaarstelling van witwassen. De Hoge Raad heeft een kwalificatie-uitsluitingsgrond gecreëerd voor de situatie waarin het witwassen van voorwerpen – in de zin van het verwerven en/of voorhanden hebben van die voorwerpen – feitelijk samenvalt met het (enkele) begaan van het grondmisdrijf. Het verwerven of voorhanden hebben van een uit eigen misdrijf afkomstig voorwerp kan, zo heeft de Hoge Raad overwogen, alleen worden gekwalificeerd als witwassen indien er sprake is van een gedraging die méér omvat dan het enkele verwerven of voorhanden hebben en die op een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft. Met de kwalificatie-uitsluitingsgrond beoogt de Hoge Raad mede te voorkomen dat een verdachte die een bepaald misdrijf heeft begaan en die de door dat misdrijf verkregen voorwerpen verwerft of voorhanden heeft, zich automatisch ook schuldig maakt aan het witwassen van die voorwerpen. Bovendien wordt aldus bevorderd, zo geeft de Hoge Raad aan, dat in zo een geval het door de verdachte begane (grond)misdrijf, dat in de regel nader is omschreven in een van specifieke bestanddelen voorziene strafbepaling, in de vervolging centraal staat.<sup>41</sup> De minister is van opvatting dat ten gevolge van deze rechtspraak de bestrijding van crimineel vermogen in het gedrang kan komen. Hij ziet het risico dat zich de situatie voordoet dat enerzijds de kwalificatie-uitsluitingsgrond aan de orde is omdat de rechter het aannemelijk acht dat het voorwerp afkomstig is uit eigen misdrijf, maar anderzijds de vervolging ter zake van dat eigen misdrijf toch niet haalbaar is omdat onvoldoende feitelijk kan worden gemaakt om welk misdrijf het dan gaat.<sup>42</sup> Straffeloosheid – en daarmee het ontbreken van de mogelijkheid van verbeurdverklaring – zou dan het gevolg zijn.<sup>43</sup> Specifiek voor deze situatie stelt de minister voor de witwasbepalingen uit te breiden met de strafbaarstelling van ‘eenvoudig witwassen’. Daarvan zou sprake zijn wanneer het witwassen ‘enkel bestaat uit het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit enig eigen misdrijf’. De strafbedreiging op dit eenvoudige witwassen is aanmerkelijk lager dan op het reeds bestaande witwassen. In de doleuze variant zal op eenvoudig witwassen ‘slechts’ een maximumstraf staan van zes maanden gevangenisstraf of een geldboete van de vierde categorie. De door de Hoge Raad geformuleerde kwalificatie-uitsluitingsgrond zou op deze nieuwe strafbaarstelling geen betrekking (moeten) hebben.<sup>44</sup> Op deze plaats wil ik niet uitweiden over de zojuist geschetste veronderstelling die aan het wetsvoorstel ten grondslag ligt, namelijk dat zich het risico van straffeloosheid voordoet. Daarover heb ik samen met Kooijmans – in kritische zin – reeds het één en ander opgemerkt.<sup>45</sup> Het gaat mij thans om een specifiek onderdeel van de toelichting op het wetsvoorstel. De aanleiding van het wetsvoorstel is erin gelegen, zoals gezegd, dat er een situatie

<sup>40</sup> Wetsvoorstel 34 294.

<sup>41</sup> Zie onder andere HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:702, NJ 2014/302, m.nt. N. Keijzer en HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, NJ 2014/303, m.nt. N. Keijzer.

<sup>42</sup> Het zou dan bijvoorbeeld gaan om de situatie dat de rechter aanneemt dat een voorwerp is verkregen met een door de verdachte zelf begaan Opiumwetdelict, maar dat onvoldoende concreet is wanneer dit delict is begaan en ten aanzien van welke partij drugs.

<sup>43</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34 294, nr. 3, p. 2.

<sup>44</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34 294, nr. 3, p. 3.

<sup>45</sup> M.J. Borgers & T. Kooijmans, ‘Van probleem naar oplossing en weer terug: het conceptwetsvoorstel aanpassing witwaswetgeving’, *DD* 2015/8. Ik wijs hier ook op HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3028. Hierin casseert de Hoge Raad een arrest van het Hof Den Haag, terwijl dat arrest juist wordt aangevoerd als voorbeeld ter ondersteuning van het wetsvoorstel (vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 294, nr. 3, p. 8).

van straffeloosheid zou kunnen ontstaan doordat de betrokkene niet kan worden veroordeeld voor het grondmisdrijf en ook niet voor witwassen. De minister erkent evenwel dat zich, na invoering van de voorgestelde strafbaarstelling van eenvoudig witwassen, ook de situatie kan voordoen dat naast het begaan van het gronddelict cumulatief het eenvoudige witwassen ter zake van het voorwerp dat uit dit gronddelict is verkregen, ten laste wordt gelegd. Nu de strafbaarstelling van eenvoudig witwassen juist wordt ingevoerd om – onder omstandigheden – de door de Hoge Raad geïntroduceerde kwalificatie-uitsluitingsgrond buiten werking te stellen, zal in de zojuist geschetste situatie de rechter in principe niets anders kunnen doen – wanneer hij komt tot een bewezenverklaring – dan veroordelen voor zowel het grondmisdrijf als het eenvoudige witwassen. Met het begaan van het grondmisdrijf is immers het eenvoudige witwassen gegeven (mits het grondmisdrijf een voorwerp oplevert, hetgeen bij vrijwel elk voltooid vermogensmisdrijf het geval zal zijn). Dan gebeurt er iets dat de Hoge Raad heeft willen vermijden: een automatische verdubbeling van strafbaarheid. De minister stelt niet met zoveel woorden dat dit onwenselijk is, maar hij laat wel blijken dat aan die verdubbeling een mouw zou kunnen worden gepast. De minister merkt op:

“Het feit dat bij een dergelijke gezamenlijke tenlastelegging het strafrechtelijk verwijt ter zake van het witwasmisdrijf sterk in het verlengde ligt van het oorspronkelijke grondmisdrijf kan de rechter ertoe brengen in dat geval aan te nemen dat sprake is van een voortgezette handeling (artikel 56 Sr). (...) Mocht de rechter evenwel bij gezamenlijke tenlastelegging aannemen dat sprake is van meerdaadse samenloop, dan ligt het in de rede – wederom tegen de achtergrond van de nauwe verbondenheid tussen beide feiten – dat bij het bepalen van de straf de bewezenverklaring van de witwashandeling niet van invloed zal zijn op de hoogte van de op te leggen vrijheidsstraf.”<sup>46</sup>

De minister tekent hierbij aan dat het strafvorderingsbeleid van het Openbaar Ministerie in lijn hiermee zal worden geformuleerd.

Hoewel het resultaat dat hier wordt voorgestaan – geen hogere straf doordat niet alleen voor het gronddelict maar tegelijkertijd voor eenvoudig witwassen wordt veroordeeld – geenszins onredelijk oogt, lijkt de minister de rechter hier toch in een enigszins merkwaardige situatie te brengen. Allereerst geldt dat het bereik van de voortgezette handeling bij de huidige stand van het recht zo beperkt is dat de automatische verdubbeling van strafbaarheid daarmee niet wordt voorkomen. Algemeen wordt immers aangenomen dat het moet gaan om gelijksoortige feiten die de uiting zijn van één ongeoorloofd wilsbesluit. Daarnaast geldt ten aanzien van meerdaadse samenloop dat er juist een (gematigde) cumulatie van het strafmaximum plaatsvindt, hetgeen een hogere bestraffing toelaat dan wanneer maar voor één van de misdrijven zou zijn veroordeeld.<sup>47</sup> Bepleit de minister dan dat de rechter moet overgaan tot het verruimen van het toepassingsbereik van de voortgezette handeling, door minder strenge eisen te stellen aan de gelijksoortigheid van feiten? Of dat de rechter zich minder gelegen zal moeten laten liggen aan de betekenis van (de cumulatie van) het

<sup>46</sup> *Kamerstukken II 2015/16*, 34 294, nr. 3, p. 7.

<sup>47</sup> Zie, met nadere verwijzingen, Borgers & Kooijmans 2015, p. 69-70. Vgl. voorts het advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over het hier besproken wetsvoorstel.

strafmaximum voor de in het concrete geval op te leggen straf?<sup>48</sup> En zo dat het geval is, gaat het dan om *Einzelfallgerechtigkeit* of gaat het om modificaties die een verderstrekende betekenis hebben dan alleen de vervolging wegens het grondmisdrijf én eenvoudig witwassen? Deze kwesties belanden op het bord van de rechter, (vooralsnog) zonder dat de rechter in de toelichting houvast vindt.<sup>49</sup>

Meer in het algemeen luidt de vraag of de minister er niet beter aan zou doen om een specifieke *wettelijke* voorziening te treffen voor de situatie waarin de vervolging ziet op het grondmisdrijf én eenvoudig witwassen. De vraag stellen is hem beantwoorden.<sup>50</sup> Daarbij moet worden bedacht dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond voortkomt uit rechterlijke creativiteit. De Hoge Raad is tot de niet alledaagse beslissing gekomen om het bereik van de strafbaarstelling van witwassen te begrenzen, om zo een mouw te passen aan het risico van een automatische verdubbeling van strafbaarheid. Dat die stap is gezet, heeft ermee van doen dat bij de totstandkoming van de witwaswetgeving – nu ruim vijftien jaar geleden – dat risico wel onder ogen is gezien en ook – zij het wat omslachtig geformuleerd – als een onwenselijk risico is aangemerkt, maar niet met een wettelijke voorziening is afgedekt. Het thans liggende wetsvoorstel kan in zekere zin worden gezien als een correctie op de ten toon gespreide rechterlijke creativiteit van de Hoge Raad. Of de uitbreiding van de witwasbepalingen nu terecht of onterecht plaatsvindt, het is voorstelbaar dat de rechter aarzelingen zal hebben om in relatie tot de strafbaarstelling van witwassen wederom aan de wet te gaan sleutelen. Tegen die achtergrond laat zich niet goed begrijpen waarom de minister thans – welbewust – opnieuw het probleem van een automatische verdubbeling van strafbaarheid gedeeltelijk op het bord van de rechter legt, en niet ervoor kiest om zelf het probleem van een meer omvattende, heldere oplossing te voorzien.

### 3.3 Van dadelijke tenuitvoerlegging naar voorlopige hechtenis

Recent is het conceptwetsvoorstel 'in verband met enige wijzigingen van de regeling van de voorlopige hechtenis' ter consultatie verspreid.<sup>51</sup> Hoewel men dat niet achter die titel zou zoeken, betreft dit conceptwetsvoorstel een alternatief voor het eerdere conceptwetsvoorstel ter zake van de dadelijke tenuitvoerlegging van in eerste aanleg opgelegde vrijheidsstraffen. In laatstgenoemd conceptwetsvoorstel werd voorzien in een generieke uitzondering – voor vrijheidsstraffen van ten minste één jaar – op het uitgangspunt dat een straf pas ten uitvoer kan worden gelegd wanneer die straf onherroepelijk is geworden.<sup>52</sup> De minister constateert thans dat het voorstel om dadelijke tenuitvoerlegging mogelijk te maken op onvoldoende draagvlak kan rekenen, gelet op het feit dat de om advies gevraagde instanties vrijwel allemaal negatief

48 Evenmin is duidelijk hoe moet worden gedacht over de toepassing van artikel 43a Sr ingeval van opeenvolgende veroordelingen wegens eenvoudig witwassen, terwijl (ten minste) één van die veroordelingen verband houdt met de in de hoofdtekst beschreven situatie van een veroordeling wegens zowel het grondmisdrijf als eenvoudig witwassen. In het wetsvoorstel wordt het eenvoudige witwassen namelijk onder het bereik van artikel 43a Sr gebracht, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 294, nr. 3, p. 9. Een ander vraagpunt is of in diezelfde situatie van een veroordeling wegens zowel het grondmisdrijf als eenvoudig witwassen het toepassen van bijkomende straffen die mogelijk zijn bij een veroordeling wegens eenvoudig witwassen (vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 294, nr. 3, p. 10), toelaatbaar moet worden geacht, wanneer die straffen niet in aanmerking zouden komen bij alleen een veroordeling wegens het grondmisdrijf.

49 Erkend moet worden dat het strafmaximum verhogende effect ingeval meerdaadse samenloop wordt aangenomen, relatief klein is, nu voor het eenvoudige witwassen (in de doleuze variant) 'slechts' een strafmaximum van zes maanden gevangenisstraf of een geldboete van de vierde categorie geldt. Dat doet evenwel niet af aan het onderliggende principe dat het aan de wetgever is om duidelijkheid te schaffen omtrent het al dan niet moeten aannemen van meerdaadse samenloop.

50 Zie voor een suggestie voor zo'n voorziening Borgers & Kooijmans 2015, p. 70.

51 <http://bit.ly/1OHVbVH>.

52 <http://bit.ly/1VWwFGf>.

hebben geadviseerd. Op voorstel van het Openbaar Ministerie presenteert de minister daarom een alternatief. Dit bestaat eruit dat aan de wet een (min of meer)<sup>53</sup> nieuwe grond voor voorlopige hechtenis wordt toegevoegd. In artikel 67a lid 2 sub 6 Sv zou als nieuwe gewichtige reden voor maatschappelijke veiligheid – en dus als grond voor voorlopige hechtenis – moeten worden opgenomen dat ‘er sprake is van een veroordeling waarbij een vrijheidsstraf van ten minste een jaar of een vrijheidsbenemende maatregel onvoorwaardelijk is opgelegd’. De minister wil hieraan een – ambtshalve – motiveringsverplichting voor de rechter koppelen, door aan de tekst van artikel 359 lid 6 Sv de volgende zin toe te voegen: ‘Het vonnis vermeldt voorts of de opgelegde straf of maatregel aanleiding geeft tot toepassing van artikel 67a, tweede lid, onder 6°’. Gaat het hier om een inhoudelijk nieuw voorstel of alleen om een nieuwe verpakking van dezelfde inhoud? In de kern lijkt er weinig verschil te bestaan tussen beide voorstellen, in die zin dat het mogelijk wordt gemaakt dat de (enkele) niet-onherroepelijke oplegging van een vrijheidsstraf (van ten minste een jaar) als titel voor vrijheidsontneming geldt, of in elk geval mag gelden. Het is evenwel nuttig om beide voorstellen meer in detail te bezien, alvorens conclusies te trekken. In het eerste conceptwetsvoorstel werd dadelijke tenuitvoerlegging niet als mogelijkheid, maar als automatisme geregeld: ‘Rechterlijke beslissingen waarbij ten minste één jaar gevangenisstraf is opgelegd, zijn dadelijk uitvoerbaar.’<sup>54</sup> Wel voorzag dit conceptwetsvoorstel in de bevoegdheid voor het gerechtshof om die dadelijke tenuitvoerlegging te schorsen.<sup>55</sup> In de toelichting gaf de minister daarbij voor die schorsing het volgende beoordelingskader mee:

“Het opschorten of schorsen van de dadelijke tenuitvoerlegging zou aan de orde kunnen zijn indien het gerechtshof na de kennisneming van de zaak tot de conclusie zou komen dat de in eerste aanleg opgelegde vrijheidsstraf naar verwachting in hoger beroep niet gehandhaafd zal blijven. (...) Ook is het mogelijk dat de tenuitvoerlegging wordt opgeschort of geschorst in verband met zwaarwegende persoonlijke omstandigheden en belangen van de verdachte. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan werk dat de verdachte dreigt te verliezen als hij wordt gedetineerd, aan de zorg voor kinderen waarmee de verdachte is belast of het hebben van een bedrijf dat failliet zal gaan als de verdachte wordt gedetineerd.”<sup>56</sup>

Aldus komt het toen voorgestelde stelsel erop neer dat dadelijke tenuitvoerlegging een automatisme is, waarbij de rechter in hoger beroep op grond van bijzondere omstandigheden die tenuitvoerlegging (tijdelijk) kan onderbreken.

In het nieuwe conceptwetsvoorstel wordt een andere route gekozen. Het is de rechter in eerste aanleg die, wanneer hij komt tot een veroordeling en de oplegging van een vrijheidsbenemende straf of maatregel van ten minste een jaar, beslist of vanwege die sanctieoplegging direct voorlopige hechtenis dient te worden toegepast.<sup>57</sup> Vanuit het perspectief van de verdachte lijkt dat een gunstige wijziging ten opzichte van het eerdere voorstel, doordat er geen sprake meer is van een automatisme, maar van een op maat van het concrete geval toegesneden beoordeling of dadelijke tenuitvoerlegging – in de verkapte vorm van voorlopige hechtenis – is geboden. Dat laat – ogenschijnlijk – meer ruimte om niet tot die dadelijke tenuitvoerlegging over te gaan. Op dit punt komt echter de door de minister voor-

53 Hierna komt de verhouding tot het huidige artikel 75 lid 1 Sv nog kort aan de orde.

54 Zie het voorgestelde artikel 557a lid 1 Sv. Als uitzondering werd nog wel genoemd: ‘De eerste volzin is niet van toepassing indien minder dan twee jaar gevangenisstraf is opgelegd en er geen sprake is van een slachtoffer.’

55 Zie het voorgestelde artikel 557a lid 3 Sv.

56 Concept-Memorie van Toelichting, p. 11.

57 Die beslissing heeft uiteraard alleen praktische relevantie wanneer de verdachte niet reeds op andere gronden in voorlopige hechtenis verblijft en ook nog langer kan verblijven.



gestelde motiveringsverplichting om de hoek kijken. In relatie tot die verplichting merkt de minister in de toelichting op dat hij van oordeel is dat 'de rechter in zijn vonnis (ook) dient te motiveren waarom hij, ondanks het opleggen van een vrijheidsbenemende sanctie, in voorkomend geval *afziet* van het bevelen van de gevangenneming van de verdachte. Een degelijke motivering draagt bij aan de legitimiteit en aanvaarding van justitiële beslissingen in de maatschappij.<sup>58</sup> Hierin komt naar voren dat, in de visie van de minister, het al dan niet toepassen van voorlopige hechtenis als middel van dadelijke tenuitvoerlegging, geen volstrekt vrijblijvende kwestie is, maar dat het niet-toepassen van die voorlopige hechtenis kennelijk een uitzondering is die naar de maatschappij toe moet worden verantwoord. Daarmee schept de minister een zeker verwachtingspatroon hoe met de nieuwe mogelijkheid van voorlopige hechtenis zal worden omgesprongen: er vindt vrijheidsbeneming plaats, tenzij daar bijzondere omstandigheden aan in de weg staan.

De route verschilt, maar het resultaat is hetzelfde, te weten het mogelijk maken van dadelijke tenuitvoerlegging. Weliswaar gebeurt dat in het nieuwe conceptwetsvoorstel onder een andere vlag, maar die dekt dezelfde lading. Dat wordt nog eens bevestigd doordat in het nieuwe conceptwetsvoorstel tevens wordt voorzien in bepalingen die ertoe strekken dat de regeling van de voorwaardelijke invrijheidsstelling van kracht is wanneer de voorlopige hechtenis eindigt vanwege het bereiken van de fictieve – want op basis van de nog niet onherroepelijke veroordeling geldende – v.i.-datum.<sup>59</sup> De voorlopige hechtenis verschilt daarmee in feitelijk opzicht niet van de dadelijke tenuitvoerlegging. Waar het gaat om de positie van de rechter is er echter sprake van een opmerkelijk verschil. In het eerste conceptwetsvoorstel vormt dadelijke tenuitvoerlegging een automatisme en is het – gelet op de toelichting – aan de rechter in hoger beroep om op grond van bijzondere omstandigheden eventueel tot schorsing over te gaan. Daarmee kan ook worden gezegd dat, zou dit voorstel zijn doorgezet en aanvaard, de verantwoordelijkheid voor het stelsel van dadelijke tenuitvoerlegging – ook waar het gaat om de verenigbaarheid met het EVRM – primair zou liggen bij de wetgever. In het tweede, nieuwe conceptwetsvoorstel ligt die verantwoordelijkheid veel diffuser. Het toepassen van dadelijke tenuitvoerlegging via de band van de voorlopige hechtenis wordt gepresenteerd als een bevoegdheid van de rechter in eerste aanleg. Voor de rechter in eerste aanleg zal het niet eenvoudig zijn om te bepalen hoe met die bevoegdheid moet worden omgesprongen. Enerzijds geldt dat de rechter in eerste aanleg tot een veroordeling en de oplegging van een substantiële straf of maatregel is gekomen. De rechter is daarmee van oordeel dat de verdachte het ook verdient die sanctie te ondergaan. Waarom zou dat dan niet alvast worden gerealiseerd door middel van voorlopige hechtenis? Anderzijds is het in het stelsel van de wet nog altijd een belangrijk principe – ook al heeft de praktijk zich daar wel tot op zekere hoogte van vervreemd<sup>60</sup> – dat het toepassen van voorlopige hechtenis een uitzondering is. Waar het gaat om een gewichtige reden van maatschappelijke veiligheid – de verzamelnaam van de gronden voor voorlopige hechtenis van artikel 67a lid 2 Sv – eist de wet nog altijd dat het een gewichtige reden betreft die 'de onverwijldde vrijheidsbeneming vordert'. Het enkele feit dat de verdachte in eerste aanleg tot een substantiële straf of maatregel wordt veroordeeld, kan niet als vanzelfsprekend worden beschouwd als een klemmende noodzaak om de verdachte direct vast te zetten. De maatschappelijke veiligheid is niet in het geding door het enkele feit dat een nog niet onherroepelijk veroordeelde persoon – in afwachting van de tenuitvoerlegging of, wanneer appel wordt aangetekend, het oordeel van de hogere rechter – vrij rondloopt. Dat ligt wellicht an-

58 Concept-Memorie van Toelichting, p. 6 (cursivering toegevoegd). De beschrijving van de invulling van de motiveringsverplichting die op p. 13 wordt gegeven, is overigens minder sturend van aard.

59 Zie het voorgestelde negende lid van artikel 75 Sv, en daarover concept-Memorie van Toelichting, p. 11.

60 L. Stevens, 'Voorlopige hechtenis in tijden van risicomanagement. Lijdende of leidende beginselen?', *DD* 2012/36.



ders als het gaat om een zeer ernstig misdrijf of wanneer de kans bestaat dat de verdachte de benen neemt of direct in herhaling zal vallen, maar voor die situaties bestaan reeds gronden voor voorlopige hechtenis. Het gaat om de vraag of juist wanneer die gronden geen toepassing vinden, vrijheidsbeneming noodzakelijk moet worden geacht voordat de veroordelende uitspraak onherroepelijk is. Die vraag klemmt temeer in een strafvorderlijk stelsel waarin het in ruime mate is toegelaten dat het oordeel van de rechter in eerste aanleg kan worden bestreden tegenover een hogere instantie.<sup>61</sup> In dit spanningsveld lijkt de minister de beslissing van de rechter te willen sturen door de rechter te binden aan een motiveringsverplichting, waarbij uit de toelichting spreekt dat het niet-toepassen van voorlopige hechtenis vanwege de veroordeling in eerste aanleg eerder uitzondering dan regel zou moeten zijn. Aldus wordt verantwoordelijkheid voor dadelijke tenuitvoerlegging (via de band van de voorlopige hechtenis) bij de rechter gelegd, zonder dat de minister expliciet erkent dat de rechter daar op grond van zijn eigen verantwoordelijkheid en dus op basis van een eigen afweging over beslist.

In het vorenstaande is geen aandacht besteed aan de vraag of een stelsel van dadelijke tenuitvoerlegging in het algemeen wenselijk is, of zo'n stelsel – in het licht van de bestaande praktijk van voorlopige hechtenis – voldoende toegevoegde waarde heeft en ook of dat stelsel EVRM-bestendig is. Op dat punt verwijs ik naar hetgeen reeds is geschreven door anderen.<sup>62</sup> Ook heb ik geen aandacht besteed aan de vraag of de derde volzin van artikel 75 Sv thans reeds niet in grote lijnen mogelijk maakt wat in het tweede conceptwetsvoorstel wordt geregeld.<sup>63</sup> Op dat punt merk ik slechts op dat deze bepaling weliswaar op papier de mogelijkheid biedt om volgend op een veroordeling in eerste aanleg de voorlopige hechtenis alleen te doen steunen op die veroordeling, maar dat het in de praktijk zelden voorkomt dat uitsluitend deze grond wordt toegepast om verdachten die ten tijde van de behandeling in eerste aanleg op vrije voeten zijn, hangende het hoger beroep in voorlopige hechtenis te nemen.<sup>64</sup> Waar het mij nu om gaat, is dat *als* er zou worden besloten tot het invoeren van een stelsel van dadelijke tenuitvoerlegging (in welke vorm ook gegoten), dit zou moeten geschieden met een transparante en eenduidige toedeling van verantwoordelijkheden. Dat vergt een heldere keuze van de wetgever. De eerste optie is dan dat de beslissing om tot dadelijke tenuitvoerlegging over te gaan, volledig op het bord van de rechter wordt gelegd, maar dan moet de rechter daar ook in alle vrijheid over kunnen beslissen. Het is dan aan de rechter om in het licht van de inrichting van het strafvorderlijk stelsel en de verplichtingen die het EVRM met zich brengt, lijnen uit te zetten. Het is daarbij wel de vraag of de rechter goed uit de voeten zal kunnen met een bevoegdheid tot dadelijke tenuitvoerlegging, wanneer geen richting wordt gegeven onder welke omstandigheden dat wel en niet passend moet worden geacht. De tweede optie is (daarom) dat de wetgever de beslissing aan de rechter laat, maar daarbij in de wet een beslissingscriterium opneemt. Het moet dan wel gaan om een concreet, richtinggevend criterium.<sup>65</sup> Ook dan zal moeten worden aanvaard dat de

61 De evidentie die de minister hier ziet, zie ik dan ook niet. Vgl. concept-Memorie van Toelichting, p. 2.

62 Zie, ook voor verdere verwijzingen, Th.A. de Roos, 'Het conceptwetsvoorstel Dadelijke tenuitvoerlegging gevangenisstraffen', *Strafblad* 2014/28, E. van Sliedregt, 'Dadelijke tenuitvoerlegging van straffen en de onschuld-presumptie', *RM Themis* 2015, p. 14-22 en T. Kooijmans, 'ZSM en dadelijke tenuitvoerlegging als vorm van snelle afdoening', *DD* 2015/24.

63 Bij de invoering van de derde volzin van artikel 75 lid 1 Sv is in elk geval niet betoogd dat hiermee (feitelijk) een stelsel van dadelijke tenuitvoerlegging zou zijn geïntroduceerd. Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 253, nr. 3, p. 7-9.

64 Zie ook concept-Memorie van Toelichting, p. 5.

65 Vgl. de benadering die is gekozen bij reeds bestaande vormen van dadelijke tenuitvoerlegging. Daarbij wordt een specifiek belang genoemd – bijvoorbeeld het tegengaan van recidive – dat moet worden beschermd door dadelijke tenuitvoerlegging. Daarbij wordt nog wel ruimte gelaten voor een (nadere) belangenafweging door de rechter. Zie over die bestaande vormen S. Meijer, 'De dadelijke uitvoerbaarheid van rechterlijke beslissingen', *DD* 2013/8, Van Sliedregt 2015, p. 15 en, toegespitst op de belangen die met dadelijke tenuitvoerlegging zijn gemoeid, Kooijmans 2015, p. 245-248.

rechter – met inachtneming van het criterium – zijn beslissing zal afstemmen op de concrete feiten en omstandigheden van het geval en de op het spel staande belangen, en ook dat de rechter het wettelijke criterium zal interpreteren en waar nodig zal afstemmen op andere juridische voorschriften (waaronder met name het EVRM). De derde optie is dat dadelijke tenuitvoerlegging als duidelijke (hoofd)regel in de wet wordt opgenomen, gelijk het geval was in het oorspronkelijke conceptwetsvoorstel. Dan ligt de verantwoordelijkheid voor de dadelijke tenuitvoerlegging primair bij de wetgever. Daarbij zal – vanzelfsprekend – moeten worden aanvaard dat de dadelijke tenuitvoerlegging tegenover de rechter kan worden bestreden.<sup>66</sup> Een benadering waarin de rechter alle vrijheid krijgt, maar tegelijkertijd van hem een beslissing in een bepaalde richting wordt verlangd, moet van de hand worden gewezen.

#### 4 Tot slot

Aan de hand van de in deze bijdrage besproken (concept)wetsvoorstellen zijn twee vormen van omgang met de rechter naar voren gekomen die discutabel zijn. Allereerst zijn er voorstellen waarin de minister de rechter marge laat om over een bepaald punt te beslissen, maar tegelijkertijd een tamelijk duidelijk verwachtingspatroon uitspreekt over de wijze waarop de rechter van die ruimte gebruik zal maken. Aan een dergelijke benadering kleven nadelen en ook risico's. Wanneer de rechter niet de kant op gaat die de minister voor ogen staat, loopt hij de kans achteraf te worden geconfronteerd met het verwijt de bedoeling van een wettelijke regeling te hebben miskend. Ten tweede kan er sprake zijn van het afschuiven van verantwoordelijkheden richting de rechter op punten waar de wetgever – te beginnen bij de minister – verantwoordelijkheid zou moeten nemen door bepaalde lastige knopen door te hakken. Dan wordt de rechter juist alle ruimte gegund, terwijl het voor de rechter lastig is om zonder richtpunt een koers uit te zetten. Vanzelfsprekend geldt dat het in de hier besproken wetsvoorstellen telkens gaat om standpunten van de minister die ik tot voorwerp van debat heb gemaakt, en dat die standpunten niet één op één kunnen worden aangemerkt als standpunten van 'de' wetgever. De (verdere) behandeling van de wetsvoorstellen in het parlement zal nog kunnen leiden tot een ander of meer genuanceerd beeld. Wat ik evenwel wil signaleren, is dat er wetgevingsprojecten gaande zijn waardoor er zaken op het bord van de rechter komen te liggen die daar eigenlijk niet (in die vorm) zouden moeten liggen.

Kan het ook anders? Ja, het wetsvoorstel ter zake van het middelengebruik van geweldsdelicten biedt daarvan – in de context van straftoemeting – een illustratie. In meer algemene zin verwijs ik naar de eerste alinea van deze bijdrage. Ik heb al aangegeven dat hetgeen ik daarin naar voren heb gebracht, waarschijnlijk zowel evident als abstract en theoretisch klinkt. Maar er ligt, naar het mij voorkomt, wel een belangrijke voorwaarde in besloten voor een goede afstemming van de taken en de verantwoordelijkheden van enerzijds de wetgever en anderzijds de rechter. In twee zinnen samengevat, komt het hierop neer. Waar de rechter vrijheid wordt gegeven, moet die vrijheid ook daadwerkelijk worden aanvaard. Waar de wetgever sturing wil – of gelet op de aard van het onderwerp: moet – geven, dienen heldere besliscriteria in de wet te worden opgenomen. Dat is de kern van de zaak.

---

66 Gedacht moet dan niet alleen worden aan het beoordelen van de noodzaak of wenselijkheid van (tijdelijke) onderbreking van de tenuitvoerlegging, maar ook aan de toetsing aan andere juridische voorschriften, waaronder met name het EVRM.